

Scissione di società e concordato preventivo: un patrimonio “nuovo” per le imprese dopo la crisi¹

Giovanni Cabras*

ABSTRACT

Nelle crisi di impresa sovente si ricorre alla scissione della società insolvente, nell'ambito di un concordato preventivo, in modo da proseguire l'attività aziendale, separando la gestione pregressa dalla nuova, libera dai vecchi debiti. L'operazione pone problemi per la tutela dei creditori, dovendosi coordinare le regole del diritto societario con quelle del diritto concorsuale ed essendoci norme specifiche, forse non del tutto esaurienti, solo nel codice della crisi d'impresa.

L'a. spiega come la scissione “concordataria” può dar luogo ad un nuovo fenomeno di limitazione della responsabilità patrimoniale del debitore (di cui all'art. 2740 del codice civile). Infatti, qualora la proposta concordataria lo preveda, si realizza, non solo l'esdebitazione della società scissa con adempimento dei debiti nella misura e nei modi del concordato, ma anche l'esonero dalla responsabilità per il surplus patrimoniale, assegnato nella scissione alla società beneficiaria e sul quale i creditori concorsuali non esercitano più la loro garanzia patrimoniale. È un patrimonio nuovo, di cui il legislatore favorisce la formazione, per consentire la ripresa delle attività d'impresa dopo la crisi.

Parole chiave: scissione di società – concordato preventivo – responsabilità patrimoniale – patrimonio del debitore

In composition with creditors of a company in financial distress, the division is often used as a means to continue the business, by separating the previous management from the new one, freed from old debts. In this case some problems could arise with regard to creditor protection, due to the need to coordinate certain provisions of company law and of insolvency law and to the fact that the only provisions on this matter are those, perhaps not entirely exhaustive, included in the new Business Crisis and Insolvency Code has been enacted.

The author explains why the company division may give rise to a new phenomenon of limitation of debtor's liability (referred to in Article 2740 of the Italian Civil Code). Namely, if it is provided in the composition with creditors proposal, the further effect—besides the usual discharge of the company being divided—is the exemption from liability for capital surplus, that has been assigned to the recipient company and does not become part of the

¹ Relazione svolta al convegno organizzato sul tema della scissione di società dal Consiglio Notarile di Roma il 31 gennaio 2020, con i soli aggiornamenti resi necessari nel frattempo.

* Professore ordinario di diritto commerciale, Università degli Studi Roma Tre; email: gicabras@iol.it.

bankruptcy estate. It is “new assets”, of which the legislator facilitates the formation, to enable the restoration of business activities after financial crisis.

Keywords: *division of companies – composition with creditors – company’s liability – debtor’s assets*

SOMMARIO:

1. Scissione di società in concordato. – 2. Alle origini della scissione. – 3. Funzione economico-pratica della scissione. – 4. Procedimento di scissione nell’ambito del concordato. – 5. Come separare il buono dal cattivo. – 6. Continuità patrimoniale nella scissione. – 7. Tutela dei creditori nella scissione. – 8. Moneta concordataria per i creditori e *surplus* patrimoniale. – 9. Irreversibilità della scissione. – 10. Risoluzione e annullamento del concordato preventivo. – 11. Perdurante responsabilità solidale. – 12. Una digressione storica. – 13. Sulla tolda della nave alleggerita dalla zavorra debitoria. – 14. Responsabilità patrimoniale e “nuovo” patrimonio. – 15. Formazione del patrimonio nuovo dell’impresa. – 16. L’araba fenice dell’impresa.

1. *Scissione di società in concordato.*

C’è un rinnovato interesse, teorico e pratico, per la scissione di società, operazione che lungi dal configurare un fenomeno soltanto regressivo dell’impresa (la società che si frammenta), si presta bene a realizzare una diversa allocazione delle attività produttive tra società preesistenti o di nuova costituzione: l’impresa si riorganizza per crescere in modo diverso, a secondo delle situazioni in cui si trova.

Un caso particolare di scissione si presenta nella crisi dell’impresa, e segnatamente nel concordato preventivo; potendo allora sorgere conflitti tra regole societarie e concorsuali. Il rischio, ben avvertito da Alessandro Nigro in un recente saggio sulla Rivista del diritto commerciale, è che in questi casi prevalga la logica concorsuale, restando asserviti i meccanismi societari, come se operasse una sorta di diritto speciale delle società in crisi.

Una soluzione, a mio avviso, da respingere. Il coordinamento tra ordinamento societario e ordinamento concorsuale va trovato, ma senza supremazia di quest’ultimo. Pure al tempo della crisi, le regole di funzionamento della società, specie di capitali, vanno osservate, nell’interesse di tutti i terzi, oltre che dei soci.

Piuttosto, per comporre il possibile conflitto, bisogna tener conto non solo delle norme in sé (della scissione e del concordato preventivo), ma bisogna tener conto pure della loro funzione nel rispettivo settore normativo (societario e concorsuale) e nell’ordinamento generale, con riferimento, segnatamente, alla garanzia patrimoniale del debitore.

Limitare la garanzia patrimoniale è aspirazione di chiunque intraprenda una attività economica, di fronte agli inevitabili rischi che questa comporta, e sono molti oramai i modi offerti dal nostro ordinamento a tal fine: costituire una società di capitali, anche unipersonale; organizzare l'attività con più società di capitali in un gruppo; creare un patrimonio destinato in una società per azioni; e così via. Sono tutti rimedi preventivi, che servono a circoscrivere il rischio, prima che sorga, rendendo autonomo un certo patrimonio, nel cui ambito, però, la responsabilità si esercita poi per intero. Mi sembra che ora si possa limitare la responsabilità anche a posteriori, escludendo una parte del patrimonio dall'assoggettamento alla garanzia, mediante la scissione nel concordato preventivo, come cercherò di dimostrare.

2. Alle origini della scissione.

La prima comparsa in Italia della scissione di società è opera di un abile dottore commercialista genovese, che a metà del secolo scorso iniziò a praticare la scorporazione di società, con costituzione di una nuova società ed attribuzione delle quote agli stessi soci della scorporante. Eugenio Pedemonte, era questo il suo nome, aveva curato alcune operazioni del genere, pubblicando nel 1955 un libello, "La scorporazione delle società commerciali", ristampato in più edizioni.

L'esperimento del dott. Pedemonte, accolto anche da una sentenza della Corte d'Appello di Genova, diede luogo ad opinioni discordanti in dottrina. Giuseppe Ferri riteneva ammissibile la scorporazione, però da realizzarsi con più operazioni societarie, collegate, ma separate: riduzione del capitale sociale e costituzione di una nuova società, con ciascuna operazione soggetta alla relativa disciplina.

Si dovette attendere perciò la sesta direttiva comunitaria del 1989, che la Commissione ministeriale presieduta dal prof. D'Alessandro ha proposto di attuare, anche se la direttiva non lo imponeva. Nella relazione illustrativa del decreto legislativo si precisava che «astenersi dall'attuare la direttiva avrebbe significato avallare quella dottrina secondo cui la scissione della società non sarebbe compatibile con i principi del nostro diritto societario, disattendendo l'opinione forse prevalente che è invece orientata in senso opposto e, soprattutto, privando definitivamente il nostro paese di uno strumento che potrebbe rendere utili servizi alla pratica».

Così dopo circa un decennio (la direttiva era del 1982) nel 1991 è stato emanato il decreto legislativo n. 22; ma, per rendere utilmente praticabili le scissioni, bisognava attendere il 1993, quando è entrato in vigore il decreto

legislativo, sul regime fiscale da applicarsi ad esse. Come in altre operazioni straordinarie, il problema della scissione non era soltanto l'operazione in quanto tale, ma erano soprattutto le sue conseguenze sotto il profilo fiscale.

Al riguardo si deve notare che fin dai primordi delle operazioni societarie straordinarie (trasformazioni e fusioni, perché in passato non si parlava ancora di scissione) era fondamentale stabilire se l'operazione, di per sé, dava luogo o no a materia imponibile. Ricordo che nella seconda metà dell'Ottocento, quando il codice di commercio del 1865 non disciplinava espressamente la trasformazione delle società, la giurisprudenza dell'epoca era stata subissata da controversie circa la tassazione della deliberazione come semplice modificazione statutaria (e quindi a tassa fissa) ovvero come costituzione di nuova società (e quindi a tassa graduale), come pretendeva il Fisco. Un valente giovane studioso del primo Novecento, Gino Berto, morto prematuramente durante la Resistenza, in una monografia pubblicata postuma nel 1945, aveva citato un centinaio di sentenze che in Italia tra Ottocento e Novecento avevano riconosciuto la tassazione della trasformazione come costituzione di nuova società, con una tassa proporzionale commisurata al patrimonio sociale.

Ovviamente, oggi consideriamo la questione del tutto superata, essendo pacifico che la trasformazione e così pure la fusione e la scissione sono operazioni fiscalmente neutrali, non dando luogo a materia imponibile ed essendo stabilita dalla disciplina tributaria la assoluta irrilevanza fiscale, pur nelle modificazioni intervenute nella società.

Ma il tema rimane quello di accertare, al di là della neutralità fiscale dell'operazione (questione ovviamente di fondamentale importanza e, come detto, superata), quanta e quale continuità o discontinuità ci sia nel trapasso dalla originaria società alla nuova forma assunta, nel nostro caso, nella società beneficiaria della scissione.

3. Funzione economico-pratica della scissione.

Per considerare meglio la questione, va visto il contesto, in cui opera la scissione, tenendo conto della ragione economico-pratica che la giustifica.

Si ha un bel dire che la scissione ha una funzione assolutamente neutra; se i soci decidono di modificare in tal senso la società, vuol dire che qualcosa di sostanziale cambia, con un vantaggio per la società e/o per i soci (diversamente non delibererebbero l'operazione) e ciò dipende dal modo con cui la scissione è realizzata.

Può essere che i soci si riservino dopo la scissione, e magari lo abbiano già

programmato, di dare a terzi i cespiti assegnati alla società beneficiaria, cedendone le quote di partecipazione, invece che trasferire quei cespiti direttamente come ramo aziendale con i conseguenti costi fiscali.

Oppure, può essere che i soci vogliano separarsi tra loro, realizzando allora una scissione non proporzionale, con il risultato che alcuni soci parteciperanno alla società beneficiaria, con il patrimonio ad essa assegnato, ed altri soci rimarranno nella società scissa, con il patrimonio rimasto.

O ancora, può essere che i soci vogliano rendere autonomo un settore della loro attività, per valorizzarlo meglio.

Tante e varie sono le ragioni economico-pratiche della scissione e non è necessario farne il catalogo.

Io mi occuperò di una funzione un po' particolare della nostra operazione, quando questa coinvolge una società in crisi e con essa si vuole salvaguardare l'attività sociale, proseguendola con la società beneficiaria e lasciando il patrimonio da liquidare ed i debiti alla società scissa.

Una soluzione cui nella pratica si fa sempre più ricorso, data la perdurante crisi delle imprese, suscitando anche l'attenzione del nostro legislatore, con alcune norme nel nuovo codice della crisi, che, salvo rinvii, entrerà in vigore il prossimo 15 di agosto 2020 (entrata in vigore procrastinata al 1° settembre 2021 dall'art. 5 del decreto-legge 8 aprile 2020, n. 23).

4. Procedimento di scissione nell'ambito del concordato.

La scissione ha una compiuta disciplina nel codice civile, con regole di cui va trovata la compatibilità con quelle concorsuali, quando l'operazione deve compiersi nell'ambito di una procedura, segnatamente nel concordato preventivo. Ricordo che la riforma societaria del 2003 ha espressamente eliminato il divieto di scissione per le società in procedure concorsuali, rendendo così legittima l'operazione.

In via generale, le fasi della scissione di società vedono concorrere competenze degli amministratori e dei soci. Ai primi compete di predisporre il progetto di scissione e di curare gli adempimenti connessi, tra cui la relazione dell'esperto, nonché di convocare l'assemblea per decidere sull'approvazione della scissione; ai soci spetta di deliberare al riguardo in assemblea con le maggioranze qualificate richieste dalla legge; agli amministratori compete ancora di curare gli adempimenti pubblicitari e poi di stipulare l'atto di scissione.

In definitiva, per il compimento della scissione vi è il concorso degli organi

sociali, con competenze ripartite tra amministratori ed assemblea e non sostituibili. Così, se gli amministratori non predispongono il progetto di scissione, non si può procedere nell'operazione; e, se l'assemblea non approva la scissione, questa non si realizza.

Per il concordato preventivo, invece, la proposta deve essere approvata dagli amministratori nelle società di capitali (nelle società di persone, però, si richiede l'approvazione della maggioranza dei soci). Che succede, se la proposta concordataria prevede la scissione della società? Secondo un'opinione rimasta isolata, l'omologazione del concordato terrebbe luogo allo svolgimento del procedimento societario di scissione o di altre operazioni societarie straordinarie, senza che intervengano gli organi sociali.

Se la proposta concordataria prevede la scissione della società, a mio avviso, va osservato completamente il procedimento di scissione, con le relative competenze, e ciò anche quando il concordato sia frutto di una proposta concorrente (presentabile da creditori con almeno il 10% dei crediti). Il legislatore concorsuale interviene solo per evitare comportamenti ostruzionistici dei soci, disponendo che, nel caso in cui la società non esegua la proposta concordataria omologata, il commissario giudiziale debba riferirne al tribunale, il quale può attribuire allo stesso commissario i poteri per provvedervi (art. 185 legge fall. e art. 118 CCI) e può nominare un amministratore giudiziario affinché compia gli atti necessari (il codice della crisi dispone espressamente la possibilità di attribuire all'amministratore giudiziario anche i poteri di voto in assemblea). La novella, tuttavia, prevede che nell'esecuzione, per così dire, coattiva del concordato, siano «fatti salvi i diritti di informazione e di voto dei soci di minoranza (art. 118, quinto comma, in fine).

Quella della esecuzione coattiva della proposta concordataria costituisce una regola eccezionale, che proprio per questo presuppone l'osservanza delle altre regole societarie, non derogate. Ad esempio, come spiegato da Alessandro Nigro nel saggio citato, l'assemblea con il voto dell'amministratore giudiziario, non potrebbe deliberare l'azzeramento del capitale, con estromissione totale dei soci.

Normalmente saranno i soci di maggioranza a voler eseguire il concordato proposto dagli amministratori di loro fiducia, avendone la convenienza.

Quanto ai tempi di attuazione della scissione, sembra preferibile che la delibera assembleare avvenga dopo l'omologazione del concordato, ovvero, se antecedente, che la decisione sia subordinatamente condizionata alla stessa omologazione. L'atto di scissione dovrà intervenire successivamente alla stessa omologazione; qualora questa non ci sia o prima ancora qualora il concordato non sia ammesso, il procedimento di scissione dovrà essere interrotto.

5. Come separare il buono dal cattivo.

Gli studi aziendalistici ed anche l'esperienza professionale insegnano come nella crisi delle imprese sia difficile, normalmente, salvare l'intera attività aziendale e sia allora opportuno separare il ramo aziendale gestibile, dal ramo aziendale non salvabile, perché non meritevole di proseguirne la gestione.

Talvolta tale separazione non è compiuta in ragione del settore, utile o meno utile, nell'ambito dell'attività svolta nella stessa società, ma in ragione dell'intento, neppure tanto nascosto, di lasciare le perdite nella vecchia società e di portare i profitti in una nuova società.

Un intento che presenta aspetti di illegittimità, poiché i debiti dell'impresa devono essere soddisfatti con tutto il ricavato della attività, senza possibilità di portar fuori dall'impresa gli elementi positivi, per lasciarvi quelli negativi. Nella legge fallimentare vigente (ma il discorso non cambia se si fa riferimento al codice della crisi, non ancora entrato in vigore) sottrarre attivo alla soddisfazione dei creditori configura il reato di bancarotta fraudolenta per distrazione. E la giurisprudenza ha ritenuto – anche se la tesi è discutibile – che la scissione, qualora l'operazione in concreto si riveli depauperativa del patrimonio sociale e pregiudizievole per i creditori, configuri la fattispecie penalistica della bancarotta fraudolenta (nel caso in cui la società scissa, dopo la scissione, sia dichiarata fallita: così Cass. n. 13522 del 2015).

Eppure, l'andamento delle crisi di impresa, anche in società importanti, mostra come sempre più frequentemente si ricorra alla scissione della società per risolvere la sua crisi, segnatamente con un concordato preventivo.

Dobbiamo allora vedere come l'estromissione dell'attivo (in senso tecnico, con la scissione), da operazione fraudolenta quale potrebbe palesarsi, diventi legittima nell'ambito di una procedura concorsuale.

È una questione, che si pone ai giuristi teorici e pratici, per evitare il rischio che un'operazione di salvataggio fatta con le migliori intenzioni possa andare incontro a gravi conseguenze penali. Nel contempo – e veniamo al cuore del mio intervento – la scissione assicura davvero una assoluta discontinuità dell'attività o rimangono legami col pregresso e segnatamente per i debiti? È questa la questione fondamentale, solitamente trascurata.

6. Continuità patrimoniale nella scissione.

Come detto, una persistente preoccupazione degli operatori nella scissione e pure nella fusione, è di sottrarsi alle prescrizioni che operano nelle vicende

traslative del patrimonio, non solo sotto il profilo fiscale.

Negli anni Sessanta e Settanta del secolo scorso la concezione semplicemente modificativa della fusione ha tardato ad affermarsi, rispetto alla concezione estintivo-constitutiva. Ricordo a tutti noi l'impegno dottrinale e la passione posti da Ernesto Simonetto per spiegare come la società risultante dalla fusione sia la diretta continuazione delle società fuse, nonostante le incertezze terminologiche dell'allora vigente disciplina.

Infatti, il codice civile del 1942 nel testo originario parlava di società "estinte" a seguito della fusione e di diritti ed obblighi che "assume" la società risultante dalla fusione; mentre per la trasformazione delle società lo stesso codice diceva e dice tuttora che la società nella sua nuova veste giuridica "conserva" i diritti e gli obblighi anteriori alla trasformazione. Di società estinte con la fusione si è continuato a parlare nello stesso codice anche dopo l'attuazione delle direttive comunitarie nel 1991 e così pure per la scissione il codice civile parlava di elementi patrimoniali da "trasferire" alle società beneficiarie e di "trasferimento" dell'intero patrimonio.

C'è voluta la riforma societaria del 2003 per sostituire la denominazione di "società estinte" con quella di "società partecipanti alla fusione" e per sostituire il verbo "assumere" con "proseguire" i rapporti giuridici dopo la fusione. Per la scissione la stessa riforma societaria ha sostituito l'espressione "trasferimento" con "assegnazione" patrimoniale.

Eppure, come diceva un vecchio racconto di Stephen King del 1978 e poi il film omonimo, "a volte ritornano": nel nostro caso a ritornare non sono i fantasmi del passato, ma i richiami della società originaria, rispetto alla separazione apprestata con la scissione. Così, l'intangibilità dell'assetto societario sorto dalla scissione sembra messa a repentaglio da iniziative dei creditori originari, che intendono rivalersi sul patrimonio della società beneficiaria, ricorrendo alla azione revocatoria.

La questione è affrontata da altri relatori e per questo non indugio oltre. A me preme soltanto mostrare come il prima ed il dopo scissione possa essere in qualche modo permeabile.

7. Tutela dei creditori nella scissione.

Il sistema della scissione, come prevista dalla direttiva comunitaria, ha nella tutela dei creditori un momento importante, volendosi salvaguardare la loro posizione attraverso due strumenti. Uno strumento, l'opposizione dei creditori, ha carattere reale ed è idoneo ad impedire l'esecuzione della scissione; l'altro strumento ha carattere obbligatorio, prevedendosi la responsabilità solidale, li-

mitabile all'ammontare dell'attivo netto assegnato, di tutte le società partecipanti all'operazione.

Il primo strumento, l'opposizione dei creditori, solo teoricamente è impeditivo della scissione, in quanto il tribunale può ugualmente autorizzarla, «quando ritenga infondato il pericolo del pregiudizio dei creditori oppure la società abbia prestato idonea garanzia». Perciò, i creditori fanno poco ricorso all'opposizione, soprattutto per il breve termine in cui può essere proposta: 60 giorni, ridotti a 30 giorni, per le società non azionarie o un mese per società controllate dallo Stato e addirittura a soli 15 giorni, se l'operazione riguarda banche.

Il secondo strumento, la responsabilità solidale, non assicura una soddisfazione completa, poiché la responsabilità è limitata al patrimonio netto assegnato. Solo il Fisco gode della illimitata responsabilità per le obbligazioni fiscali della società scissa (art. 173, tredicesimo comma, del Tuir, *d.p.r. n. 917/1986*); un trattamento che la Corte Costituzionale (con la sentenza n. 90 del 26 aprile 2018) ha ritenuto giustificato per ragionevolezza ed adeguatezza, in relazione alla oggettiva diversità di fattispecie e, segnatamente, in relazione alla peculiarità dell'obbligazione tributaria.

Per i creditori ordinari la misura della responsabilità solidale è fissata dallo stesso debitore, determinando l'ammontare del patrimonio netto. Peraltro, nella pratica si trovano casi di scissione c.d. negativa, ossia con assegnazione alla società beneficiaria di un netto patrimoniale negativo. Situazione che è ritenuta ammissibile a certe condizioni; comunque è ben possibile che il patrimonio netto sia effettivamente prossimo allo zero, con conseguente scarsa efficacia della solidarietà.

Dunque una doppia tutela dei creditori, preventiva e successiva: la prima, poco praticata, per la brevità del termine di esercizio; la seconda, più praticabile, ma con limiti quantitativi per imprese e privati.

In tal modo, tra il prima e il dopo della scissione, la legge riconosce una continuità organizzativa e patrimoniale, ma nei limiti fissati nel progetto di scissione e con un livello di permeabilità segnato perciò dalle stesse parti interessate (le società partecipanti all'operazione ed i loro soci) con riferimento al valore effettivo del patrimonio netto attribuito con la scissione.

In definitiva, la legge consente al debitore di determinare l'ammontare del patrimonio aggredibile in una situazione di responsabilità solidale disposta dalla stessa legge. Indubbiamente è un fatto degno di nota, costituendo l'ammontare del patrimonio netto un limite quantitativo, ossia un tetto, alla garanzia patrimoniale, convenzionalmente determinato dal debitore, senza il consenso del creditore.

8. *Moneta concordataria per i creditori e surplus patrimoniale.*

Il concordato preventivo è stato istituito proprio per consentire all'impresa in crisi di proporre ai creditori di essere pagati solo in parte (un tempo almeno il 40% per i creditori chirografari, ora anche un minimo di percentuale) e di essere liberata per il residuo. È questa la falciidia concordataria, con la esdebitazione che ha fatto il successo dell'istituto e che pone una deroga al principio generale della responsabilità patrimoniale del debitore, posto dall'art. 2740 c.c.: soggezione del debitore, con tutto il suo patrimonio, anche futuro, nonché pure con i beni recuperabili mediante azioni revocatorie e surrogatorie.

Invero, il secondo comma dell'art. 2740 precisa tuttora che limitazioni della responsabilità patrimoniale sono ammesse solo nei casi stabiliti dalla legge. Tuttavia, è un rapporto tra regola generale (primo comma) ed eccezione (secondo comma), che negli ultimi decenni si è sempre più rovesciato: le limitazioni alla garanzia patrimoniale sono divenute prevalenti, rispetto alla sua originaria universalità.

Nell'evoluzione normativa del concordato preventivo sarà pure poco significativo che legislatore del 2006 abbia previsto, come modalità di esecuzione del concordato, la "cessione dei beni", anziché la previgente dicitura "cessione di tutti i beni presenti nel patrimonio del debitore". Resta il fatto che, almeno nel concordato in continuità, l'attività aziendale continua, in modo diretto o indiretto, proprio sfruttando il *surplus* patrimoniale rimasto libero dai debiti, grazie all'esdebitazione.

La giurisprudenza cerca di frenare questo ulteriore oltraggio al principio di universalità della garanzia patrimoniale. Così la Corte di Cassazione ha deciso che il concordato liquidatorio è ammissibile solo con la cessione di tutti i beni del debitore (Cass., 17 ottobre 2018, n. 26005) ed il codice della crisi pretende, sempre per i concordati liquidatori, che vi sia un apporto di risorse esterne (art. 84, quarto comma, CCI). Ma la tendenza evolutiva degli ordinamenti giuridici, compreso quello italiano, è altra.

Ricordo che quasi duecento anni fa Honoré de Balzac pubblicò in forma anonima una sorta di manuale su come evitare di pagare i propri creditori, vivendo agiatamente col denaro altrui. È un saggio divertente ed istruttivo, che si apre con un aforisma attribuito allo zio dell'anonimo autore ("più hai debiti, più hai credito").

Quanto esposto in quel *pamphlet* (per inciso, tradotto in italiano solo pochi anni fa, per i tipi della Nuova Delphi) sembra attuale e trova pure riconoscimenti giuridici. Per l'impresa indebitata l'obiettivo dell'Unione Europea e del

legislatore italiano è proprio quello di consentire una nuova partenza, libera dai debiti e, quindi con un secondo patrimonio, costituito dal *surplus* della esdebitazione.

Ma c'era chi anche in Italia circa cent'anni fa aveva le idee chiare e moderne. Mi riferisco a Gustavo Bonelli, padre degli studi di diritto fallimentare, che nel 1923 nel suo Trattato "Del Fallimento" così insegnava circa il concordato preventivo e la esdebitazione:

«Lo scopo che si propone generalmente chi si fa a chiedere tali benefici non è soltanto di evitare la vergogna e le diminuzioni che porta con sé il fallimento, ma anche di conservare il patrimonio e di tornare alla testa della propria azienda commerciale».

Attenzione, Bonelli diceva "conservare il patrimonio", ovviamente la parte restante, dopo aver pagato i creditori in moneta concordataria.

9. Irreversibilità della scissione.

Un modo per la società insolvente di voltare pagina, senza il peso dei debiti, è quello di proporre ai creditori un piano di concordato con la scissione parziale del patrimonio sociale.

In tali casi, si ritiene che la legittimità dell'operazione e, in particolare, l'esenzione da ogni rischio anche penale, siano date dal crisma dell'omologazione, ossia dal vaglio esercitato dal tribunale.

La legittimità dell'operazione non esclude, tuttavia, il concorso di più discipline, quella societaria e quella concorsuale, con possibili conflitti, segnatamente per la tutela dei creditori.

Nella disciplina del concordato preventivo, i creditori sono chiamati ad approvare la proposta dell'impresa debitrice e, se dissenzienti, possono opporsi all'omologazione; se questa è comunque decretata, anche i creditori dissenzienti sono assoggettati alle regole del piano di concordato, per le modalità e la misura del pagamento.

Nella disciplina della scissione, come si è detto, i creditori possono avvalersi, oltre che dell'opposizione preventiva (art. 2503 c.c.), della responsabilità solidale della società beneficiaria (art. 2506-*quater*, terzo comma, c.c.).

Per la scissione nel concordato preventivo, nulla dispone la legge fallimentare e neppure il diritto societario, mentre il codice della crisi pone la seguente norma, al primo comma dell'art. 116:

«Se il piano prevede il compimento, durante la procedura oppure dopo la sua omologazione, di operazioni di trasformazione, fusione o scissione della

società debitrice, la validità di queste può essere contestata solo con l'opposizione all'omologazione».

In definitiva, il codice della crisi intende sopprimere l'opposizione *ex art.* 2503 c.c. e lasciare a tutela dei creditori solo l'opposizione all'omologazione del concordato.

Il codice della crisi poi dispone, al terzo comma dell'art. 116, che:

«Gli effetti delle operazioni di cui al comma 1, in caso di risoluzione o di annullamento del concordato, sono irreversibili, salvo il diritto al risarcimento del danno eventualmente spettante ai soci o ai terzi ...».

La nuova norma non parla di validità, ma di effetti, che – dice il codice della crisi – sono irreversibili, salvo il risarcimento dei danni. Lascio ai relatori che occupano della revocatoria valutare, se si tratta di uno spunto per la soluzione del loro problema. Per quanto mi riguarda, è evidente che il legislatore della novella volutamente non ha escluso l'applicabilità della responsabilità solidale della società beneficiaria, una questione già posta all'attenzione della giurisprudenza (segnatamente con due note decisioni del Tribunale di Ravenna e della Corte d'appello di Firenze).

10. Risoluzione e annullamento del concordato preventivo.

Non so se si possa fare affidamento sulle locuzioni legislative, nel senso che non sono sicuro che ciascuna parola delle leggi ora sia sempre ben soppesata. Se così fosse (e dobbiamo prendere per buono il dato letterale), il senso dell'art. 116 del codice della crisi è che l'irreversibilità della scissione si ha, nel caso (aggiungerei “anche nel caso”) di revoca o annullamento del concordato preventivo. Irreversibilità che, ovviamente, riguarda gli effetti della scissione, non già del concordato, visto che questo è stato revocato o annullato.

Pertanto, stando alla lettera del nuovo codice della crisi, avvenuta la scissione della società nell'ambito del concordato preventivo, le attribuzioni patrimoniali attive e passive alla società beneficiaria rimangono ferme, qualunque sia la sorte del concordato preventivo.

Ciò significa, a mio avviso, che il trattamento dei creditori concorsuali nel vigore del concordato omologato è regolato da questo e che, in difetto di omologazione ovvero in caso di revoca o annullamento del concordato, il trattamento dei creditori non subisce alcuna influenza per il non più operante piano concordatario.

Allora, eventuali dilazioni, remissioni, rinunce a prelazioni o postergazioni dei crediti, anche se approvate in sede concordataria dal creditore interessato,

non hanno più efficacia, qualora sia risolto o annullato il concordato. In tal senso è l'attuale art. 177, secondo comma, della legge fallimentare e così pure l'art. 109 del codice della crisi, in tema di rinuncia alla prelazione nella votazione dei creditori per l'approvazione della proposta concordataria, rinuncia che ha effetto solo ai fini del concordato.

Al più, potrebbe ammettersi che il passivo attribuito alla società beneficiaria della scissione continui ad essere regolato dal progetto di scissione formulato in sintonia con il piano di concordato, con possibili remissioni o dilazioni, ancorché quel piano non sia più efficace (ma è efficace, ed è quel che importa, il progetto di scissione).

Per tutti gli altri creditori, ossia quelli rimasti in carico alla società scissa, la falcidia concordataria, venuto meno il concordato, non può operare.

11. Perdurante responsabilità solidale.

Come ho detto, neppure il codice della crisi deroga alla responsabilità solidale della beneficiaria, restando applicabile al riguardo la disciplina della scissione. Nel diritto concorsuale è previsto che con il concordato omologato i creditori conservano impregiudicati i loro diritti nei confronti di coobbligati e fideiussori: avviene così anche per la responsabilità solidale della società beneficiaria? Ritengo di no.

Come ho avuto modo di precisare in un mio recente studio, quando la scissione è attuata dopo l'omologazione del concordato preventivo, i debiti, rispetto ai quali opera la responsabilità solidale della società beneficiaria, sono solo quelli falcidiati nella misura concordataria. Più precisamente, la società beneficiaria risponderà solidalmente, ma nei modi e nella misura del piano di concordato, ferma restando l'esdebitazione per la parte eccedente.

Diverso è il discorso, in caso di non operatività del concordato preventivo, quando non vige più l'esdebitazione. Per completezza segnalo che questa soluzione, a mio avviso ovvia, non è tale per tutti. Infatti, secondo una recente decisione (decreto del giudice delegato del Tribunale di Trento del 18 luglio 2019), la falcidia, prevista nel concordato preventivo omologato ma poi non adempiuto e di cui nessun creditore abbia chiesto tempestivamente la risoluzione, varrebbe anche per la verifica dei crediti nel fallimento dichiarato successivamente. La soluzione è poco convincente (in senso diverso è infatti la Cass., 17 ottobre 2018, n. 26002); di certo non vale, se il concordato è stato formalmente revocato o annullato, riprendendo allora vigore il credito nella sua originaria interezza.

In tal caso i creditori concorsuali potranno avvalersi della tutela usuale pre-

vista per ogni scissione e potranno rivalersi sulla beneficiaria per quanto non soddisfatti dalla società scissa (in questo senso è una recentissima sentenza del Tribunale di Roma, sezione specializzata in materia di impresa, 24 marzo 2020).

Dal punto di vista giuridico non vedo obiezioni alla perdurante responsabilità solidale della società beneficiaria, tenuto conto che neppure il codice della crisi stabilisce deroghe all'art. 2506-*quater*, terzo comma, c.c. Peraltro, la responsabilità solidale è prescritta dalla direttiva comunitaria, che ha consentito agli Stati membri di limitarla all'ammontare del patrimonio netto attribuito, e ciò non consente di escluderla del tutto in nessun caso, neppure nell'ambito delle procedure concorsuali.

Inoltre, il persistente vincolo di solidarietà che grava sulla società beneficiaria a seguito della scissione societaria è, comunque, bilanciato dall'ordinaria azione di regresso tra coobbligati *ex art.* 1299 c.c.

12. *Una digressione storica.*

Si può dire qualcosa di più, che va oltre il dato normativo, a mio avviso assolutamente favorevole al persistere della responsabilità solidale della società beneficiaria. Questo qualcosa possiamo chiamarlo analisi economica del diritto, ma più semplicemente si tratta di valutare l'impatto che una determinata soluzione normativa ha nel sistema nell'ordinamento giuridico, sia nel profilo societario che in quello concorsuale.

Prima di parlare degli aspetti sistematici, desidero fare una digressione storica. All'origine del *Chapter 11* negli Stati Uniti (preso a modello delle innovazioni concorsuali di vari Paesi, tra cui l'Italia) stava il meccanismo che, sul finire dell'Ottocento, i giudici americani elaborarono per risolvere la crisi in cui si trovarono numerose imprese ferroviarie dell'epoca.

Quelle imprese, non riuscendo a completare le linee ferroviarie transcontinentali e conseguentemente non riuscendo a pagare i creditori, sarebbero andate incontro alla liquidazione forzata dei beni aziendali, ricavando il poco possibile dalla vendita di binari, traversine ed altre attrezzature. Le Corti federali indicarono un percorso per consentire all'impresa di continuare ad operare nel mercato, bloccando le iniziative esecutive dei creditori e sollecitando l'accordo con essi per soddisfarli con i proventi dell'attività. Nella maggior parte dei casi i creditori, consapevoli di non poter ricavare nulla dalla vendita dei beni aziendali, aderivano a tali sollecitazioni, sovente accettavano pure di ricapitalizzare le società debitorie per il completamento delle linee e comunque

accettavano di essere pagati in un lungo termine con il ricavato della gestione ferroviaria, con l'azienda che alla fine rimaneva nelle mani dell'originario titolare.

Sempre alla fine dell'Ottocento il medesimo problema si era posto anche in Italia. Per le imprese ferroviarie in concessione divenute insolventi (e ve ne furono tante, specie per le linee secondarie) si seguì – purtroppo, a mio avviso – altra soluzione, a partire dalla legge del 1905 con il riscatto delle concessioni da parte dello Stato e con la nascita delle Ferrovie dello Stato; dandosi la stura alla pubblicizzazione delle imprese insolventi, antesignane di tante altre pubblicizzazioni, fino alla creazione dell'IRI negli anni Trenta del secolo scorso e così via per i decenni a seguire.

Eppure, il nostro ordinamento giuridico si era attrezzato per superare, nell'ambito del diritto privato, le crisi di imprese insolventi ma recuperabili, introducendo, appunto, il concordato preventivo nel 1903.

13. Sulla tolda della nave alleggerita dalla zavorra debitoria.

L'idea che, come ho detto prima, aveva Gustavo Bonelli, ma anche un altro grande giurista come Lorenzo Mossa, era quella di un concordato che facesse ritornare l'imprenditore sulla tolda della sua nave, liberata dalla zavorra dei debiti e più idonea di prima a superare, grazie all'esperienza acquisita, nuove traversie nel mercato.

Un'idea che è stata frustrata in Italia dall'esperienza pratica del concordato ed anche dalla impostazione autoritaria, data alle procedure concorsuali con la legge n. 995 del 1930. Infatti, per l'orientamento politico-economico prevalente a quel tempo nel nostro Paese, lo Stato voleva intromettersi nell'economia per dirigerla e pure il risanamento delle imprese era ritenuto una faccenda della pubblica autorità, e quasi un'occasione per far passare imprese nelle mani statali.

I tempi, per fortuna, sono cambiati (forse no, per la crisi delle grandi imprese, ma questo è un altro discorso). Ora non fa più scandalo parlare di valori che, dopo il concordato, rimangono nel patrimonio dell'impresa, liberata dai debiti pregressi. Ma la salvezza di quei valori residui deve avvenire in trasparenza nell'ambito della procedura concordataria, con la approvazione dei creditori e sotto il controllo degli organi concorsuali.

Se il piano concordatario non dovesse funzionare e venisse meno il concordato, il criterio della responsabilità solidale della società scissa rappresenta, anche etimologicamente, la risposta che assicura il riequilibrio all'ordine econo-

mico. Soprattutto quel criterio serve per prevenire comportamenti opportunistici e fraudolenti delle società e dei soci, sapendo essi che la liberazione dai debiti e la salvezza del secondo patrimonio, creato nella società beneficiaria, sono condizionate al rispetto delle modalità d'uso dello strumento concordatario.

14. *Responsabilità patrimoniale e “nuovo” patrimonio.*

Il mio discorso può dirsi concluso sul tema assegnatomi (responsabilità solidale della beneficiaria nel concordato della società scissa). Tuttavia, vorrei svolgere qualche considerazione di carattere sistematico, sulla responsabilità patrimoniale del debitore.

La regola, posta nel vigente codice civile con il primo comma dell'art. 2740 e prima ancora dal codice civile del 1865, sulle orme del *code civil* di Napoleone, ha appresentato una conquista di civiltà.

La responsabilità del debitore, salvo casi di condotta fraudolenta, è solo patrimoniale. Il debitore – è questa la regola vigente (anche se a taluno può non piacere) – non risponde più dei debiti con la sua persona, come avveniva invece nei diritti antichi e che ha lasciato forti tracce pure nei romanzi e negli autori dell'Ottocento. Ricordo soltanto Charles Dickens che per qualche tempo da ragazzo visse nella prigione londinese Marshalsea, in cui era rinchiuso il padre per debiti.

Dicevo che a qualcuno non piace la responsabilità solo patrimoniale, perché, ad esempio, negli Stati Uniti, pur in presenza dell'Emendamento che vieta la prigione per debiti, da una ricerca di qualche anno fa è emerso che in sette su undici contee prese in esame si usa come pratica giudiziaria quella di mettere in carcere chi ometta di pagare spese giudiziarie o multe scadute.

Va comunque riaffermato – e come ho detto è una conquista di civiltà – che la responsabilità del debitore si eserciti sul patrimonio e non sulla persona del debitore. Piuttosto, la moderna economia non apprezza la nullatenenza patrimoniale, cui è condannato il debitore, espropriato di tutti i suoi beni, anche futuri.

Nell'economia dei consumi bisogna favorire le operazioni commerciali in tutti i modi, pure con la partecipazione di chi si è indebitato; nelle imprese, poi, l'indebitamento è il motore dello sviluppo aziendale e perciò si vuole che l'attività produttiva prosegua, lasciando al titolare quanto serve patrimonialmente per ripartire: dunque un secondo e nuovo patrimonio.

Non mi riferisco al peculio che, anche in caso di fallimento (o liquidazione giudiziale, secondo il codice della crisi), può rimanere indenne dall'espropria-

zione concorsuale: beni sottratti per legge alla procedura o sopravvenuti quando il curatore rinunci ad acquisirli per l'incidenza di spese o oneri.

Mi riferisco al vero e proprio avanzo positivo di cespiti patrimoniali nella continuità aziendale diretta o indiretta o anche di avanzo positivo nel patrimonio personale dello stesso debitore insolvente, che non voglia continuare l'attività d'impresa. È questo il "nuovo" patrimonio, costituito con la proposta di concordato preventivo, nella quale alcuni cespiti (materiali ed immateriali) sono esclusi dalla destinazione alla soddisfazione dei creditori in moneta concordataria.

15. Formazione del patrimonio nuovo dell'impresa.

Essendo il nuovo patrimonio subordinato all'approvazione della proposta concordataria da parte dei creditori (la maggioranza di coloro siano destinati a subire la falcidia concordataria) ed alla valutazione del tribunale in sede di ammissione e poi di omologazione, è ovvio che il debitore non può a suo piacimento determinare la composizione e soprattutto la misura del patrimonio residuo.

Tralasciando l'aspetto valutativo del tribunale e concentrando l'attenzione sul rapporto tra creditori e debitore insolvente, quest'ultimo deve formulare una proposta che trovi il loro consenso (più precisamente della maggioranza dei creditori) ed è difficile che essi, per lasciare un nuovo patrimonio al medesimo debitore, accettino per il loro credito una falcidia maggiore di quanto la situazione economica esistente lo richiederebbe, se non ricorrano ragioni che giustificano il sacrificio: ragioni che possono essere di carattere personale ed oggettivo.

È una sorta di arbitraggio, in cui gioca anche l'asimmetria informativa tra creditori ed impresa debitrice e dei creditori tra loro, oltre che la divergenza di interessi tra i medesimi creditori. Qualcuno di questi può avere interesse precipuo di continuare gli affari con l'impresa risanata, talaltro può avere già assorbito il rischio del credito falcidiato o magari lo ha assicurato, qualcheduno per motivi sociali non vuole apparire responsabile della cessazione dell'impresa debitrice; e così via.

Ma ci sono pure regole giuridiche ed economiche che influiscono sulla valutazione dei creditori circa la convenienza della proposta concordataria. In particolare, per degradare i creditori privilegiati in chirografo, la legge fallimentare vigente chiede che sia attestato il valore dei beni, su cui si esercita la prelazione, con indicazione del ricavato in caso di liquidazione. Orbene per

tale stima si ritiene applicabile il criterio di smobilizzo accelerato (c.d. *quick sale value*) o quello della liquidazione forzata, criteri che danno luogo a stime notevolmente inferiori al valore di funzionamento dei beni (c.d. *hold value*).

In definitiva, per l'impresa e, in caso di scissione, per la società beneficiaria rimangono i valori di funzionamento, mentre ai creditori può offrirsi il pagamento per un valore di liquidazione forzata, con evidente formazione di un *surplus*. Inoltre, nella liquidazione forzata non ha alcun valore il *know how*, l'avviamento e le competenze personali, che invece sono fondamentali per la continuità aziendale.

16. *L'araba fenice dell'impresa.*

Ecco che la formazione del nuovo patrimonio, nella sua concreta entità, è approvata dai creditori, soprattutto considerando la proposta concordataria comparativamente con il valore dei cespiti aziendali nella liquidazione forzata e trascurando il maggior valore degli stessi cespiti nella continuità aziendale ed anche dei cespiti, spesso assai importanti economicamente, non esprimibili contabilmente.

È evidente che la discrepanza tra valori di liquidazione e valori di continuità sia maggiore in caso, appunto, di continuazione dell'attività aziendale. Ma ciò non esclude che il titolare dell'impresa possa ottenere il consenso dei creditori, offrendo di pagarli in misura liquidatoria, per conservarsi come nuovo patrimonio il maggior valore realizzabile con una vendita senza fretta.

Nel concordato preventivo realizzato con la scissione, il patrimonio nuovo è rappresentato dalle attribuzioni alla società beneficiaria, in conformità all'accordo sottoposto alla approvazione dei creditori. Un patrimonio residuo, che i creditori, consapevolmente o inconsapevolmente, lasciano alla società beneficiaria, attendendosi, però, che il concordato sia eseguito; e che, in difetto, abbiano diritto di agire, anche facendo ricorso alla responsabilità solidale, oltre che ai possibili rimedi risarcitori.

In conclusione, il nostro ordinamento, andando ancora avanti nella limitazione della garanzia patrimoniale e consentendo tale limitazione anche a posteriori con la formazione di un patrimonio nuovo, subordina ciò al rispetto di una regola fondamentale di tutti gli ordinamenti giuridici: *pacta sunt servanda*, ossia il patto di concordato deve essere rispettato; diversamente il patrimonio nuovo potrà essere aggredito, attraverso la responsabilità solidale della società beneficiaria.

Se vogliamo e con questo chiudo davvero, non è la responsabilità patrimoniale che viene limitata ulteriormente, ma è il patrimonio a mutare la sua fun-

zione. Dalla configurazione del diritto di proprietà (un soggetto, un solo patrimonio e responsabilità illimitata con l'intero patrimonio) si è passati ad una configurazione dell'attività, che si organizza e riorganizza in vario modo: il soggetto può avere più patrimoni mediante atti di destinazione; la destinazione può essere interna al soggetto o esterna ad esso; la responsabilità può essere limitata anche per obbligazioni già insorte, dando luogo ad un patrimonio nuovo.

È quello che succede, in particolare ed in modo emblematico nella scissione di società, operazione con la quale un'attività produttiva genera un patrimonio nuovo, continuando in un'altra società l'attività d'impresa, come l'araba fenice che si rigenera dalle sue ceneri.

